



ÚŘAD PRO OCHRANU OSOBNÍCH ÚDAJŮ

Pplk. Sochora 27, 170 00 Praha 7
tel.: 234 665 111, fax: 234 665 444
posta@uouu.cz, www.uouu.cz



Čj. UOOU-01178/17-265

ROZHODNUTÍ

Předsedkyně Úřadu pro ochranu osobních údajů jako odvolací orgán příslušný podle § 2, § 29 a § 32 zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, podle § 10 a § 152 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, a podle § 10 odst. 1 písm. a) a § 12 odst. 1 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů, rozhodla dne 4. dubna 2019 podle § 152 odst. 6 písm. b) správního řádu takto:

Rozklad podaný obviněnou, společností

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu osobních údajů
čj. UOOU-01178/17-257 ze dne 30. listopadu 2018, **se zamítá a napadené rozhodnutí se potvrzuje.**

Odůvodnění

Rozhodnutím čj. UOOU-01178/17-257 ze dne 30. listopadu 2018 (dále jen „rozhodnutí“) byla obviněná, společnost

(dále jen „obviněná“), shledána vinnou za spáchání přestupku dle § 11 odst. 1 písm. a) bod 1 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, kterého se měla dopustit opakovaným šířením nevyžádaných obchodních sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb. na výrokem blíže specifikované elektronické kontakty, a to aniž by disponovala právním titulem k jejich šíření. Za výše popsané delikt ní jednání byla obviněná uložena pokuta ve výši 380.000 Kč.

Podkladem pro zahájení řízení byl protokol o kontrole čj. UOOU-01178/17-187 ze dne 12. února 2018 pořízený podle zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), inspektorem Úřadu pro ochranu osobních údajů Ing. Josefem Vaculou v rámci kontroly provedené u obviněné ve dnech 11. dubna 2017 až 27. dubna 2018, včetně spisového materiálu shromážděného v rámci této kontroly, a dále stížnosti adresátů obchodních sdělení doručené Úřadu pro ochranu osobních údajů (dále jen „Úřad“) do 23. května 2018.

Proti rozhodnutí se obviněná v zákonné lhůtě ohradila řádným rozkladem. V tomto rozkladu se právní zástupce obviněné vyjádřil pouze tak, že se závěry správního orgánu v rozhodnutí nesouhlasí a že rozhodnutí považuje za nepřezkoumatelné. Dne 21. prosince 2018 byl Úřadu zaslán přípis doplňující odůvodnění rozkladu, a to společně s příloženým CD z klientské databáze. S ohledem na to, že zasláný datový nosič byl prázdný, právní zástupce obviněné byl telefonicky vyzván k jeho doplnění, k čemuž došlo dne 14. ledna 2019.

Obviněná považuje rozhodnutí za nezákonné, a proto požaduje jeho zrušení a zastavení řízení, anebo zrušení a vrácení věci správnímu orgánu prvního stupně k dalšímu projednání. Na podporu tohoto názoru předně namítá, že pro závažné nedostatky odůvodnění rozhodnutí jej považuje za absolutně nepřezkoumatelné. Rozhodnutí má nesrozumitelně vymezovat skutek a důvody, které k napadenému rozhodnutí vedly, a dále nemá být ani dostatečně vymezeno, z jakých důkazů a dalších podkladů správní orgán prvního stupně vycházel, a taktéž v rozhodnutí absentuje relevantní argumentace včetně popisu správního uvážení.

Rozhodnutí je napadáno i v otázce správnosti právního posouzení. Některá sdělení totiž měla být klientům obviněné zasílána na základě uzavřené smlouvy o poskytování služeb. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětem činnosti obviněné je zprostředkovávání obchodních poptávek a nabídek pro třetí osoby, obviněná se domnívá, že tato sdělení nemohou být hodnocena optikou obchodních sdělení podle zákona č. 480/2004 Sb., neboť nenaplnila jejich definiční znaky. Obviněná v tomto bodě popsala závazkový vztah mezi ní a klienty, přičemž uvádí, že se jedná o bezúplatný vztah relativně neformálního charakteru, spočívající v poskytování služeb v oblasti webové prezentace a zprostředkování kontaktu. Poskytování služeb mající charakter zasílání informací prostřednictvím elektronické pošty potom nelze podle obviněné považovat za obchodní sdělení. Při akceptaci právního názoru správního orgánu prvního stupně by potom, podle názoru obviněné, *de facto* došlo k ukončení smluvního vztahu, a tím i k obcházení ustanovení upravujících smluvní závazkové vztahy. Jako důkaz prokázání klientského vztahu pak obviněná přiložila kompaktní disk (CD), na němž jsou uloženy poptávky a další informace ke klientům.

V dalším bodě rozkladu jsou napadány právní závěry dotýkající se souhlasů se zasíláním obchodních sdělení. Obviněná má disponovat souhlasu se zasíláním obchodních sdělení, což bylo, podle jejího názoru, v řízení dostatečně doloženo. Uvedla, že předložila přesná data a čas registrace uživatelů včetně IP adres, z nichž k registraci došlo, přičemž souhlas měl být udělen právě v rámci registrace. Vzhledem k tomu, že souhlas může být udělen jakýmkoliv vhodným způsobem, náležitosti souhlasu měly být beze zbytku splněny. Podmínka prokazatelnosti souhlasu je potom mimo rámec jakéhokoliv právního předpisu a nelze ji ani jinak dovodit. Správní orgán prvního stupně měl navíc nepřípustně stanovit, jakým jediným možným způsobem je možné souhlas prokázat. V rozhodnutí není ani náležitě zdůvodněno, proč Úřad na souhlas aplikuje nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 (obecné nařízení o ochraně osobních údajů), když nařízení nebylo v době jejich udělení ani účinné. Dále jsou v tomto rozkladovém bodě zpochybňovány možné způsoby prokázání souhlasu, které správní orgán prvního stupně v rozhodnutí uvedl jako příklady dobré praxe. Obviněná považuje příklady za nepřiléhavé a jejich aplikaci za nezákonnou, a proto nemožnou. Závěrem obviněná poukazuje na dobrou víru v oprávněnost druhé smluvní strany vystupovat v předmětném právním vztahu. Požadavek na opětovné potvrzení souhlasu tak má být neoprávněný. S ohledem na vše výše uvedené obviněná shrnuje, že adresáti sdělení byli jejími klienty,

a proto jim zasílané informace naplňovaly smlouvu o poskytování služeb, a nadto udělili souhlas se zasíláním obchodních sdělení registrací.

Obviněná se dále vyjádřila ke způsobům odhlášení ze zasílání obchodních sdělení. V této souvislosti předně uvedla, že se neztotožňuje se závěry Úřadu, podle nichž nebylo odhlášení přímé a účinné, neboť k odhlašování docházelo manuálně na základě odpovědi na obchodní sdělení a nebyly na něj kladeny žádné administrativní překážky. Vzhledem k tomu, že sdělení byla zasílána v rámci poskytování služeb, odhlášení z rozesílky je třeba považovat za výpověď služeb a ze správního spisu nemá být ani zřejmé, zda byly splněny všechny náležitosti s tímto právním jednáním spojené. V některých případech byla vůle adresáta projevována nedostatečně konkrétně, a proto jim byl zaslán potvrzující e-mail, přičemž měli možnost se odhlásit ze všech, anebo pouze z některých služeb.

V další části obviněná namítla, že správní orgán prvního stupně považoval za tolerovatelnou lhůtu k provedení odhlášení v délce osmi dnů, avšak tuto neměl žádným způsobem odůvodnit a podle názoru obviněné jde o lhůtu nepřiměřeně krátkou. V této souvislosti současně shledává rozhodnutí vnitřně rozporným, neboť správní orgán prvního stupně respektoval osmidenní lhůtu pouze v některých případech, a v jiných nikoliv. Zároveň nemělo být ani řádně prokázáno, zda uživatelé zprávu požadující odhlášení skutečně odeslali, resp. zda tato byla obviněné doručena a nadto poukazuje na rozpory, kdy mělo docházet k odhlašování z jiných e-mailových adres a pod jiným jménem, než které eviduje obviněná apod.

Dále se obviněná vyjádřila k jednotlivým případům zasílání obchodních sdělení v konkrétnostech. Především uvedla, že k zaslání obchodního sdělení na elektronickou adresu došlo v tolerovatelné lhůtě od odhlášení, avšak Úřad toto měl přesto neoprávněně posoudit jako rozporné se zákonem. Obdobně měl Úřad postupovat i v dalších případech, např. u adresy . V dalších případech zaslání obviněná poukazuje na porušení zásady *in dubio pro reo*, a to s ohledem na skutečnost, že někteří uživatelé elektronických adres připustili, že byli klienty obviněné. Taktéž u obchodního sdělení zaslání na adresu došlo podle názoru obviněné k nepochopitelnému závěru, když na tuto adresu byla odeslána zpráva obsahující potvrzení odhlášení, neboť taková zpráva nemůže naplnit definici obchodního sdělení.

Obviněné není ani zřejmé, podle jakých právních předpisů Úřad rozhodl a proč aplikoval právní předpisy účinné po době uskutečnění zaslání nevyžádaných obchodních sdělení. Rozhodnutí má trpět vadami spočívajícími v nedostatečném popisu, jakým způsobem došlo k naplnění skutkové podstaty přestupku, není zřejmá souvislost mezi jednotlivými případy zaslání, kdy došlo k dokonání jednání a zda se jedná o jeden, anebo více skutků.

V samém závěru je napadena i výše pokuty. Podle názoru obviněné je pokuta stanovena v nepřiměřené výši, postup správního orgánu prvního stupně je nepřezkoumatelný a odůvodnění výše pokuty vykazuje řadu vážných vad. Přitěžující a polehčující okolnosti měly být hodnoceny chaoticky a bez příslušného odůvodnění a taktéž mělo docházet k porušování zákazu dvojího přičítání téže okolnosti k tíži obviněné, neboť shledané pritěžující okolnosti jsou obsaženy již ve skutkové podstatě. Ani polehčující okolnosti neměly být podle názoru obviněné posouzeny správně, neboť nebylo přihlédnuto ke spolupráci ze strany obviněné a ke snaze o nápravu závadného stavu. Úřad přitom neměl ani řádně odůvodnit, z jakého důvodu

žádné polehčující okolnosti neshledává. Konečně otázka, zda je obviněná zpracovatelem osobních údajů, jednak nebyla v řízení nijak prokazována, a jednak nemůže mít na řízení dotýkající se obchodních sdělení žádný vliv. Správní orgán prvního stupně tak tuto skutečnost nemohl považovat za okolnost zvyšující nebezpečnost a škodlivost přestupku. Obdobně nelze podle názoru obviněné, přihlížet ani k údajnému upozorňování ze strany Úřadu na problémy spojené s šířením obchodních sdělení, neboť tato upozornění jsou bez právního významu a nebyly ve vztahu k ní ani prokázány.

Odvolací orgán přezkoumal rozhodnutí v celém rozsahu, včetně procesu, který předcházel jeho vydání, a dospěl k následujícím závěrům.

Především uvádí, že problematice náležitého vymezení skutku se věnoval rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 15. ledna 2008, čj. 2 As 34/2006-73 (č. 1546/2008 Sb. NSS), kde mimo jiné konstatoval: „*V rozhodnutí trestního charakteru, kterým jsou i rozhodnutí o jiných správních deliktech, je nezbytné postavit najisto, za jaké konkrétní jednání je subjekt postižen - to lze zaručit jen konkretizací údajů obsahující popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným. Taková míra podrobnosti je jistě nezbytná pro celé sankční řízení, a to zejména pro vyloučení překážky litispendence, dvojího postihu pro týž skutek, pro vyloučení překážky věci rozhodnuté, pro určení rozsahu dokazování a pro zajištění řádného práva na obhajobu.*“ Smyslem vymezení předmětu řízení ve výroku rozhodnutí je tak docílení jeho nezaměnitelnosti. Výrok napadeného rozhodnutí vymezuje, že obviněná měla opakovaně šířit nevyžádaná obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb., přičemž tato jsou dále jednotlivě konkretizována datem odeslání a adresou elektronického kontaktu odesílatele i příjemce, a konala tak bez souhlasu s jejich zasíláním či bez naplnění výjimky dle § 7 odst. 3 zákona č. 480/2004 Sb., čímž měla obviněná porušit povinnost stanovenou v § 7 odst. 2 zákona č. 480/2004 Sb., tedy povinnost využívat podrobnosti elektronického kontaktu za účelem šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky pouze ve vztahu k uživatelům, kteří k tomu dali předchozí souhlas. Skutek je tedy vymezen zcela jasně a určitě, když je ve výroku rozhodnutí řádně popsáno jak vytýkané právní jednání, tak i způsobený následek spočívající v porušení právem chráněného zájmu, včetně bližších specifikací. Odvolací orgán tudíž dospěl k závěru, že námitku shledává bezdůvodnou, neboť skutek nelze zaměnit s jiným.

V této souvislosti obviněná dále uvedla, že z rozhodnutí není patrné, jakým způsobem měla naplnit skutkovou podstatu přestupku a nemá být ani zřejmé, na základě jakých předpisů správní orgán prvního stupně rozhodl. K tomu odvolací orgán uvádí, že veškeré aplikované právní předpisy jsou v rozhodnutí řádně označeny včetně příslušných paragrafů, přičemž v souladu s § 2 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, se odpovědnost za přestupek posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku, tj. nezákonného šíření obchodních sdělení. Z dikce § 11 odst. 1 písm. a) bod 1 zákona č. 480/2004 Sb., jakož i kontextu rozhodnutí je zřejmé, že jde o hromadný přestupek spočívající ve vícenásobném útoku proti právem chráněnému zájmu a použije se podle § 2 odst. 4 zákona č. 250/2016 Sb. zákon účinný v době posledního útoku.

Pokud jde o námitku brojící proti nedostatečnému upřesnění důkazů i dalších podkladů, z nichž správní orgán prvního stupně v řízení vycházel a absenci hodnocení jednotlivých

podkladů, v důsledku čehož se může obviněná pouze domnívat, které důkazy vzal správní orgán v potaz, a které nikoliv, ani tuto výtku odvolací orgán nepovažuje za přílehu. V úvodu odůvodnění napadeného rozhodnutí se totiž uvádí, že podkladem pro zahájení správního řízení byl protokol o kontrole čj. UOOU-01178/17-187 pořízený v rámci kontroly u obviněné podle zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), inspektorem Úřadu Ing. Josefem Vaculou, a to včetně kontrolního spisového materiálu, a dále stížnosti podané u Úřadu do doručení oznámení zahájení předmětného řízení, tj. do 23. května 2018. Takto obecně vymezené podklady jsou dále v textu odůvodnění doplňovány, popisovány a konkretizovány názvy a čísla jednacími. Odůvodnění dále podrobněji líčí jednání obviněné, její vyjádření a námítky, s nimiž se logicky a za pomoci právní argumentace vypořádává, a rozebírá relevantní právní úpravu, kterou následně s odkazy na konkrétní podklady aplikuje na každou jednotlivou stížnost, resp. případ zaslání nevyžádaného obchodního sdělení.

Nad to nutno zdůraznit, že obviněná opakovaně využila práva nahlédnout do spisu (viz úřední záznamy čj. UOOU-01178/17-212 a čj. UOOU-01178/17-256), kdy si pořídila kopie dokumentů ze spisu a dále se dne 13. září 2018 uskutečnilo ústní jednání za účelem vyjasnění některých otázek, o jehož průběhu byl téhož dne vyhotoven protokol čj. UOOU-01178/17-253, jehož kopie byla předána obviněné. Obviněná tak zjevně musela mít přehled o všech úkonech správního orgánu prvního stupně, přičemž i s ohledem na řádný popis veškerých podkladů v odůvodnění rozhodnutí (viz odstavec výše) nelze shledat, že by byla rozhodnutím či v průběhu řízení jakkoliv zkrácena na svých právech, a zároveň odvolací orgán i s ohledem na předchozí odstavce shrnuje, že správní orgán prvního stupně aplikoval relevantní právní normy a rozhodnutí splňovalo veškeré náležitosti rozhodnutí na něj kladené ustanovením § 68 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

Dále se odvolací orgán zabýval povahou obchodních sdělení. Podle názoru obviněné byla některá sdělení zaslána na základě uzavřené smlouvy zahrnující služby spočívající v zasílání informací elektronickou poštou. Jak vyplývá z definice obchodního sdělení podle § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb., jedná se o jakoukoliv formu sdělení určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží, služeb či image podnikatele. Zákon č. 480/2004 Sb. potom v ustanovení § 7 reguluje postup šíření těchto obchodních sdělení, k jejichž rozesílání dochází elektronickou formou. Lze se tak plně ztotožnit s názorem správního orgánu prvního stupně, podle něhož právní titul, na jehož základě jsou obchodní sdělení šířena, není součástí zákonných definičních znaků obchodního sdělení, nýbrž až navazující podmínkou, která se uplatní až coby podmínka šíření v případech, kdy se obchodník rozhodne šířit svá sdělení naplňující definici obchodního sdělení elektronickými prostředky. Současně je třeba odmítnout námítku obviněné, že by správní orgán prvního stupně povahu zpráv coby obchodních sdělení nedostatečně odůvodnil. V textu rozhodnutí je jasně popsána definice obchodního sdělení, obsah jednotlivých zpráv, jimiž byly nabídky zprostředkování poptávek či nabídky zadání poptávky, nabídky dárků (powerbanky, flash disku...), a to včetně odkazů na portály provozované odesílatelem (tj. obviněnou), ergo je tak zjevné, že zaslání zpráv jsou svojí povahou obchodním sdělením, přičemž postavení obviněné jako podnikatele jednoznačně vyplývá z § 420 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Odvolacímu orgánu není ani zřejmé, proč obviněná v současné době napadá povahu svých sdělení, když samy zaslání zpráv obsahovaly informaci, že se jedná o obchodní sdělení, jež bylo zasláno na základě registrace či poptávky v některém z poptávkových webů. Samo tvrzení se tak jeví být účelovým.

Jak vyplývá z rozhodnutí, správní orgán prvního stupně považoval rozesílku v souladu s podmínkami § 7 odst. 3 zákona č. 480/2004 Sb. v těch případech, kdy obviněná dostatečně prokázala zákaznický vztah, a to ať už ve formě registrace, tak i jiného způsobu uzavření smlouvy (např. zadání poptávky). Nutno však zdůraznit, že vzhledem k tomu, že stěžovatelé shodně uváděli, že s rozesílkou nesouhlasili a zároveň se nikdy neregistrovali, případně registraci připustili, nicméně doložili předchozí odmítání, důkazní břemeno existence právního titulu k šíření obchodních sdělení spočívá na straně obviněné. Při dodržení zásady eurokonformního výkladu národního práva, resp. v tomto případě souladu se směrnicí 2002/58/ES, o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací, je přitom zároveň nutno konstatovat, že souhlas se zasíláním obchodních sdělení musí splňovat obdobné parametry jako souhlas se zpracováním osobních údajů. Toto konkrétně vyplývá jak z recitálu 17 směrnice, tak i z normativní části v čl. 2 písm. f) směrnice, podle něhož platí, že *"souhlas" uživatele či účastníka odpovídá souhlasu subjektu údajů podle směrnice 95/46/ES*. Ustanovení § 5 odst. 4 zákona č. 101/2000 Sb. potom stanoví: *„Souhlas subjektu údajů se zpracováním osobních údajů musí být správce schopn prokázat po celou dobu zpracování.“* Nelze se tak ztotožnit s názorem obviněné, že podmínka prokazatelnosti souhlasu je vyžadována bez právního základu. Obdobně ustanovení § 7 odst. 3 zákona č. 480/2004 Sb. podmiňuje zaslání obchodního sdělení schopností dostatečně prokázat vznik zákaznického vztahu v souladu s pravidly pro ochranu osobních údajů, resp. zákonem č. 101/2000 Sb. Odkaz na nařízení (EU) 2016/679 (obecné nařízení o ochraně osobních údajů) lze potom považovat, jak ostatně vyplývá z rozhodnutí i kontextu případu, za doplňující „pro úplnost“, neboť i to předpokládá prokazatelnost souhlasu, a novější právní úpravu tak nelze sledat pro pachatele příznivější.

Souhlas potom nejenom že musí být prokazatelný, nýbrž je, jak ostatně i obviněná správně v rozkladu uvádí, i zvláště právem upraveným právním jednáním, jež kromě základních náležitostí musí dále splňovat zejména charakteristiky svobodnosti udělení a informovanosti. Již z podstaty věci tak nyní obviněnou prezentovaný „souhlas“, který měl být údajně udělen samotným aktem registrace, nelze považovat za platný právní titul šíření obchodních sdělení, neboť samo poskytování služeb by tak bylo nepřipustně podmíněno souhlasem se zasíláním nevyžádané pošty, což vylučuje svobodu jeho udělení. Jakýkoliv jiný zvláštní souhlas se zasíláním obchodních sdělení nebyl přitom obviněnou proklamován ani prokazován. Jak však naopak vyplývá i z jednotlivých doložených obchodních sdělení, ani sama obviněná rozesílku nekonstruovala na souhlasu, nýbrž na zákaznickém vztahu, a to s ohledem na informaci v záhlaví každého jednotlivého obchodního sdělení, podle něhož k zaslání došlo na základě adresátem zadané poptávky či provedené registrace v katalogu, nikoliv souhlasu. Správní orgán prvního stupně tak postupoval v řízení správně, když při absenci svobodného, zvláště uděleného, a informovaného souhlasu posuzoval případy optikou ustanovení § 7 odst. 3 zákona č. 480/2004 Sb.

Obviněná pak dokládala zákaznický vztah zápisem v databázi. Tento zápis však obsahoval pouze na internetu zcela běžně dohledatelné informace a pokud jde o předkládané IP adresy, ani ty registraci ze strany zákazníka jednoznačně neprokazovaly (mnohdy se jednalo o totožné IP adresy a nejednalo se o identifikátor konečného adresáta, který měl údajnou registraci provést.) Samotné printscreeny databáze potom za situace, kdy stěžovatelé svou registraci či jiný akt, na němž obviněná zakládá oprávněnost šíření obchodních sdělení, odmítají a tvrzení obviněné považují za lživé, přičemž sama obviněná si ve velmi četných případech ve svých

tvrzení o způsobu vzniku proklamovaného vztahu odporuje, a zároveň ani na podporu svého tvrzení v řadě případů nedoložila, na rozdíl od jiných, další konkrétní důkazy, tj. např. objednávku služeb, fakturu, konkrétní poptávku, potvrzení e-mailu atp., nelze považovat za dostatečný důkaz o existenci vztahu. Skutečnost, že někteří z adresátů připustili, že se možná někdy v minulosti u obviněné zaregistrovali, však obviněnou nezbujuje povinnosti prokázat existenci jí svědčícího právního titulu, a proto ani v této části nelze rozklad shledat důvodným.

Obviněné nelze zároveň přisvědčit ani v tom, že by ji správní orgán prvního stupně nutil k nezákonnému jednání či přihlížel pouze k jím konkrétně určeným důkazům. Prvně a předně, jak je i z rozhodnutí zcela zřejmé, správní orgán prvního stupně respektoval jakýkoliv způsob dostatečně prokazující existenci zákaznického vztahu. Druhotně, k námitce nezákonnosti uchování hlasové nahrávky a metodě double opt-in, je třeba uvést, že ke shromáždění a dalšímu uchování hlasového projevu nemusí nutně docházet výhradně na základě souhlasu, nýbrž může jít i o ochranu práv a oprávněných zájmů dotčené osoby. A pokud jde o tzv. double opt-in souhlas, jedná se o zcela běžně používaný způsob získávání souhlasu se zasíláním obchodních sdělení (resp. zpracování osobních údajů) výrazně posilující autenticitu jednajícího subjektu. Vzhledem k tomu, že v takovém případě sám uživatel kontaktu dobrovolně udává své kontaktní údaje za účelem udělení souhlasu, a jedná se tedy o zcela konkrétně vymezený požadavek z vůle uživatele, potvrzující zpráva je vyžádanou zprávou nenaplňující definici obchodního sdělení.

K tvrzení obviněné ohledně nesprávnosti údajného závěru správního orgánu prvního stupně, že odhlášení nelze považovat za přímé a účinné, je nutno předeslat, že žádný takový závěr v rozhodnutí vyjádřen není. Pokud jde o odmítání dalšího zasílání obchodních sdělení a tím údajné obcházení ustanovení o smluvních závazcích, ani v tomto bodě nelze dát obviněné za pravdu. Je-li rozesílka obchodních sdělení následkem registrace, odmítnutí zasílání dalších sdělení má vliv toliko na možnost zasílání dalších obchodních sdělení, avšak účinky nelze ztotožňovat s výpovědí služeb jako celku.

Dále se odvolací orgán zabýval námitkou nedostatečnosti osmidenní lhůty na provedení požadavku odhlášení z dalšího zasílání obchodních sdělení. Odhlašování probíhalo ručně, a proto má obviněná za to, že lhůta by měla být dána v rádech týdnů, nikoliv dnů. V této souvislosti je třeba především zdůraznit, že obchodní sdělení jsou už ze své definice primárně určena k podpoře podnikatelské činnosti, přičemž jejich rozesílka je vzhledem k možnému silně obtěžujícímu charakteru vázána výhradně na vůli adresáta, a proto je třeba projev odmítnutí respektovat v co možná nejkratší možné době. Jak vyplývá z vyjádření samotné obviněné, odhlášení bylo vždy prováděno přibližně do týdne od doručení žádosti o odhlášení (srov. vyjádření obviněné při ústním jednání dne 13. září 2018, zaznamenáno v protokolu čj. UOOU-01178/17-253). Zároveň ze spisové dokumentace včetně samotného rozhodnutí je zjevné, že údaje o zákaznících byly zpracovávány v elektronické databázi, která sama z principu umožňuje relativně snadné vyhledávání, přičemž změnu parametru možnosti zasílání obchodních sdělení, a to i ručním způsobem, nelze považovat za jakkoli nepřiměřeně složitý úkol, který by nebylo možno splnit v rádech několika dnů. Osmidenní lhůtu tak lze považovat za plně dostačující a přiměřenou okolnostem případu.

K prokazatelnosti odmítání odvolací orgán předně uvádí, že součástí spisu jsou e-mailové zprávy odeslané jako reakce na příchozí obchodní sdělení, které doložili jednotliví stěžovatelé

v rámci svých stížností. Vzhledem k tomu, že součástí každého obchodního sdělení podle § 7 odst. 4 písm. c) zákona č. 480/2004 Sb. musí být i existence platné adresy umožňující přímé a účinné odhlášení z další rozesílky, lze se důvodně domnívat, že zprávy byly vůči obviněné doručitelné. Sama obviněná se přitom v rámci ústního jednání dne 13. září 2018 vyjádřila, že v posuzovaném období byla možnost odhlášení umožněna právě a pouze ve formě odpovědi na doručenou zprávu. Nadto nutno poznamenat, že někteří ze stěžovatelů dokládali i další komunikaci s obviněnou, která na tuto zprávu s odmítnutím nějakým způsobem reagovala. I tento argument, jímž obviněná poukazuje na údajnou neprokazatelnost odmítnutí obchodních sdělení tak odvolací orgán považuje za irelevantní.

Odvolací orgán pak nehodnotí jako přílehu ani námitku nerespektování osmidenní lhůty po odmítnutí v případě obchodního sdělení zaslání dne 24. ledna 2017 na adresu elektronické pošty Zákon jednoznačně stanoví, že povinností každého šířitele je využívat podrobnosti elektronického kontaktu za účelem šíření obchodních sdělení výhradně na základě souhlasu či zákaznického vztahu. Jakékoliv zaslání v době, kdy adresát již jednoznačně projevil vůli, že si žádá další obchodní sdělení nepřeje, je z formálního hlediska v rozporu se zákonem a fakticky naplňuje skutkovou podstatu deliktu (jde-li o opakované či hromadné šíření). Tolerance přiměřené lhůty k provedení požadavku na odhlášení z šíření obchodních sdělení proto působí primárně jako korektiv přílišné tvrdosti zákonného ustanovení, nelze jej však ztotožňovat se zákonností či beztrestností jednání. Zejména ne za situace, kdy šířitel požadavek na odhlášení včas nerespektuje. Jak vyplývá i z rozkladu, resp. doložených poptávek zasláních na předmětnou e-mailovou adresu, obviněná na tuto adresu zaslala další obchodní sdělení i po 24. lednu 2017, konkrétně dne 26. ledna 2017, 31. ledna 2017 a 2. února 2017, což plně potvrzuje správnost závěru správního orgánu prvního stupně.

V případě uživatele e-mailové adresy bylo doloženo, že tento odmítl zaslání obchodních sdělení dne 9. května 2017, přičemž k zaslání obchodního sdělení došlo dne 16. května 2017. Ačkoliv je doba mezi odmítnutím a zasláním obchodního sdělení téměř na hraně tolerance, je nutno zopakovat že tolerovatelná lhůta k provedení odhlášení slouží ke korekci tvrdosti zákona výhradně v těch případech, kdy v přiměřené lhůtě k nápravě, tj. odhlášení, reálně dojde. Při důsledném respektu k osmidenní lhůtě stanovené v rozhodnutí a zásadě právní jistoty nelze ani tuto námitku akceptovat, a to s ohledem na provedení výmazu dne 18. května 2017, což je již za hranou tolerance.

V ostatních případech odvolací orgán neshledal jakákoliv pochybení a pokud jde dále o uživatele elektronické adresy kterého obviněná v rámci rozkladu uvedla jako příklad dalšího disrespektu k osmidenní lhůtě k provedení odhlášení, odvolací orgán uvádí, že uvedený uživatel doložil odmítnutí příjmu obchodních sdělení dne 4. února 2017 a 18. února 2017, přičemž k zaslání obchodních sdělení došlo 19. dubna 2017 a 27. dubna 2017. Odvolacímu orgánu tak není vůbec zřejmé, v čem obviněná shledává nekonzistentnost rozhodnutí.

Podle názoru obviněné měl správní orgán prvního stupně klasifikovat jako rozporná se zákonem i taková obchodní sdělení, u nichž vyhodnotil, že mohla být teoreticky zaslána oprávněně. Konkrétně uvádí uživatele kontaktu a . Ohledně případu uživatele bylo pojednáno výše. Pokud jde o adresáta k zaslání obchodního sdělení došlo dne 4. března 2017, přičemž v řízení bylo prokázáno, že

k odmítnutí ze strany uživatele kontaktu došlo již 18. ledna 2017. Tuto dobu nelze rozhodně považovat za přiměřenou k provedení požadavku odhlášení, a proto nelze zaslání tohoto obchodního sdělení považovat za souladné se zákonem. Vzhledem k tomu, že obviněná uvádí, že kromě konkrétně jmenovaných případů se tak mělo dít i u dalších blíže nespecifikovaných kontaktů, odvolací orgán přezkoumal i případy ostatních zaslání, avšak neshledal v rozhodnutí žádná pochybení.

V případě obchodního sdělení zaslání na adresu _____ obviněná uvádí, že zpráva potvrzující odhlášení není obchodním sdělením. Obviněné je nutno dát za pravdu, že pokud by doložila právní titul k šíření obchodních sdělení a tímto sdělením následně reagovala na adresátův požadavek na ukončení dalšího zasílání, nejednalo by se o nevyžádané obchodní sdělení. Žádný právní titul však doložen nebyl, přičemž uživatel elektronického kontaktu uvedl, že se ani k odběru obchodních sdělení nikdy neregistroval, a proto i tuto zprávu je nutno považovat za obchodní sdělení ve smyslu § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb., neboť zvyšuje povědomí o své existenci a činnosti a dále obsahuje odkazy na jí provozované webové portály, čímž fakticky působí na podporu podnikatelské činnosti.

Závěrem se odvolací orgán zabýval argumentací obviněné týkající se přiměřenosti pokuty a odůvodnění její výše. Podle jejího názoru měla být v nepřiměřené výši, odůvodnění má být nesrozumitelné, nesprávně měly být hodnoceny polehčující a přitěžující okolnosti a taktéž mělo docházet k porušení principu zákazu dvojího přičítání. Úvodem tohoto bodu odvolací orgán předesílá, že správní orgán prvního stupně při úvaze o výši sankce respektoval jak zákonnou hranici pro uložení pokuty, tak i vyměřenou sankci řádně odůvodnil. Pokud jde o výši uložené sankce, je nutno připomenout, že zákon umožňuje za posuzované jednání uložit pokutu až do výše 10.000.000 Kč. Uložená pokuta se tak pohybuje při dolní hranici a lze ji považovat spíše za sankci preventivní a kárnou. Pokud jde o údajné dvojí přičítání opakovanosti zaslání obchodního sdělení určitým adresátům, odvolací orgán odkazuje na text odůvodnění rozhodnutí, které správně konstatuje, že hledisko opakovanosti ve smyslu naplnění přestupkem předpokládaného jednání je nutno posuzovat z objektivního pohledu, tj. opakování činnosti – v tomto případě šíření obchodního sdělení. Jinými slovy, k naplnění opakovanosti coby součásti skutkové podstaty musí dojít k rozeslání obchodního sdělení více než jedenkrát. Naproti tomu subjektivní, tj. adresná opakovanost spočívá v rozšíření obchodního sdělení vícekrát témuž adresátovi, v důsledku čehož je opakovaně zasahováno do soukromí dotčené osoby, což zvyšuje společenskou škodlivost jednání pachatele, neboť je právem chráněný zájem narušen s vyšší intenzitou, tj. hrubě.

Obdobné platí i pro případy šíření obchodních sdělení, kdy jejich adresáti příjem obchodních sdělení předem odmítli. Podle § 11 odst. 1 písm. a) zákona č. 480/2004 Sb. se přestupku dopustí ta právnická osoba, která *hromadně nebo opakovaně šíří elektronickými prostředky obchodní sdělení bez souhlasu adresáta*. Je tak nabíledni, že sama skutečnost odmítnutí, resp. odeslání obchodního sdělení po odmítnutí, není součástí skutkové podstaty přestupku, neboť k jejímu naplnění toliko postačuje absence souhlasu. Objektivní stránka skutkové podstaty tak i plně koresponduje se zákonnou povinností podle § 7 odst. 2 zákona č. 480/2004 Sb., podle níž lze využívat podrobnosti elektronického kontaktu za účelem šíření obchodních sdělení jen se souhlasem adresáta. Otázka odmítnutí je tak významná výhradně ve vztahu k zákazníkům dle § 7 odst. 3 citovaného zákona, neboť pouze vůči nim je možno v případě prvního obchodního sdělení zaslání po odmítnutí považovat odmítnutí *de facto*

za předpoklad naplnění skutkové podstaty, čímž je výjimka opt-out vyčerpána. Zákaznický vztah však v předmětných obchodních sděleních nebyl prokázán, a proto ani v tomto bodě rozkladu odvolací orgán neshledává rozhodnutí nezákonným.

Podle názoru obviněné měly být nezákonně, jako další hlediska zvyšující škodlivost jednání, vzaty v úvahu i zcela nesouvisející, a navíc nijak nepodložené skutečnosti, tedy to, že obviněná je zpracovatelem osobních údajů a také to, že měla být na problémy se šířením obchodních sdělení v minulosti upozorňována. Pokud jde o první z námitek, obviněná interpretuje rozhodnutí zjevně nesprávně, neboť na straně 70 rozhodnutí se podává: *„Pokud se týká povahy činnosti obviněné společnosti, je dle správního orgánu profesionálem v oboru, kde dochází k rozsáhlému zpracování osobních údajů,…”* Základním prvkem zvyšujícím škodlivost jednání je tak zejména profesionalita v oboru, resp. zkušeností s předmětnou činností, což jednoznačně vyplývá z povahy činnosti obviněné, z množství provozovaných portálů, jakož i obviněná sama sebe na webových stránkách i v jednotlivých obchodních sdělení prezentuje jako „
“. K druhé z výše prezentovaných námitek odvolací orgán konstatuje, že ani v tomto bodě neshledává rozklad důvodným. Odůvodnění rozhodnutí v této souvislosti odkazuje na řadu konkrétních spisových značek, pod kterými bylo s obviněnou zasílání obchodních sdělení opakovaně řešeno, a to už od roku 2015. Jedná se tak zcela bez pochyb o skutečnosti zvyšující společenskou závadnost jednání, neboť obviněná si tak povinností se šířením obchodních sdělení spojených musela být plně vědoma a nejedná se ani o první případ zjištěného pochybení.

Lze shrnout, že odvolací orgán argumentaci obviněné odmítl a po celkovém přezkoumání neshledal napadené rozhodnutí nezákonným či nesprávným, ani neshledal žádná pochybení v postupu, který předcházal vydání tohoto rozhodnutí. Na základě všech výše uvedených skutečností proto rozhodl odvolací orgán tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí se podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, nelze odvolat.

Praha 4. dubna 2019

otisk úředního razítka

JUDr. Ivana Janů, v. r.
předsedkyně

Za správnost vyhotovení: